Encyclopedia of Economic Law Journal

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 31, No. 26, Fall-Winter 2024, p. 146-161

An analysis on the criterion assistance to the economic development of the host state for realizing the concept of investment contracts under the ICSID Arbitration Convention

M. J. Abdollahi [1*], M. Karimi [2]

1- Department of Law, Khomeinishahr Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.
(*- Corresponding Author Email: Abdollahi@iaukhsh.ac.ir)
2- PhD student in Private Law, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

Received: 18 November 2024 Revised : 17 December 2024 Accepted: 9 March 2025 Available Online: 18 March 2025	**How to cite this article:** Abdollahi.M; Karimi. M. (2024). An analysis on the criterion ((assistance to the economic development of the host state)) for realizing the concept of investment contracts under the ICSID Arbitration Convention . *Encyclopedia of Economic Law Journal, 31*(26): 146-161. (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.91568.1417

1- INTRODUCTION

The ICSID Arbitration Court is considered the most successful international arbitration institution in this field in settling investment disputes between capital governments and investors, which has created numerous procedures since its establishment.One of the most important established procedures is around the concept of ((investment contract)).The ICSID Convention has not provided a definition of investment contracts in Article 25, which has caused the arbitration procedures in many cases to try to explain the limitations related to the confirmation of investment ontracts.In this regard, one of the most important criteria was presented in the case of Salini against the Moroccan government, in which several restrictions are considered for the approval of an investment, one of the most controversial of which is the criterion (assistance to the economic development of the host state) that since its introduction, it has been the subject of many discussions among academics and judges, and in fact, it is the most challenging restriction among the restrictions presented in the Salini case.Investigating this important issue, why the important criterion ((assistance to the economic development of the host)) cannot be applied uniformly in international arbitration courts and how to avoid its removal in the arbitration procedure, is the subject of the analysis presented in this article.

2- PURPOSE

Since one of the most controversial criteria for recognizing an investment contract in the criterion presented in the Salini case is the criterion ((assistance to the economic development of the host country)) and the theory that this criterion in the economic development of the host country, which is usually the countries are developing, it plays an important role and if realized, it will play an important role in economic development and as a result increase the welfare level of the host countries;In this study, the authors aimed not to remove this criterion from the standards that make up the concept of investment contracts under the title of ICSID Convention, while expressing the challenges related to it, they have presented solutions to preserve it.

3- METHODOLOGY

In this research, the authors have explained the complexity of the concept of economic development in the first part of the article.In the second part of the article, the analysis of the reasons related to the non-acceptance of the host government's contribution to the economic development criterion in the Salini case has been analyzed, and in this section, referring to the numerous arbitration

THIS WORK IS LICENSED UNDER A CREATIVE COMMONS ATTRIBUTION 4.0 INTERNATIONAL LICENSE

opinions that have been issued in this regard, which show different arbitration procedures in Regarding the criterion of helping the economic development of the host government, the problems related to this criterion have been specifically analyzed.In the third part of the article, according to the problems analyzed in the second part of the article, solutions have been provided to prevent the removal of this criterion.The material presented in this research, which was collected with the method of reading books and with the tool of taking notes, shows that in facing the problems related to this criterion, it is necessary to pay attention to new methods of investment and also to adopt a flexible approach to fulfill the requirements of this The criterion is essential.

4- FINDINGS

In its introduction, the ICSID Convention mentions the realization of the economic development of the host country as one of the goals of the ratification of the convention, and for this reason, beyond the limitations and requirements contained in the Salini case, the need to pay attention to the economic development of the host country has been among the primary goals of the ICSID Convention.For this reason, although arbitral tribunals have commented in various cases, even some of them to remove the requirement to help the economic development of the host country, from the restrictions necessary to confirm investment contracts, but since usually the investment host countries are developing countries. By maintaining this criterion, although by adopting the approaches proposed in this research, it is possible to re-emphasize the necessity of realizing the economic development of capital host countries which, if realized, can be considered important elements in improving their economic status.The materials presented in this research show that in facing the problems related to this criterion, it is necessary to pay attention to new investment methods and also to adopt a flexible approach to fulfill the requirements of this criterion.In this regard, on the one hand, it is important to pay special attention to the possibility of realizing the concept of investment through investor participation in new investment methods, as well as intangible assets such as technology transfer and technology in a specific industry and even according to some authors, it is more important than concrete investments such as the construction of a highway, and on the other hand, a slight adjustment in the possibility of fulfilling this criterion can also lead to the non-fulfillment of the necessary restrictions. It will help for the concept of investment and make the courts face less problems in evaluating the existence of this criterion.Regarding the adjustment that should be considered; Instead of evaluating the requirement (contributing to the economic development of the host country) and instead of checking whether this concept has been fulfilled or not, the arbitrators can focus on whether it was possible to participate in the economic development of the host country at the time of the contract. is it or not.Therefore, the arbitral tribunals should focus on the potential of the investor's participation in the economic development of the host state at the time of investment, instead of completely eliminating this criterion, which can naturally end up being detrimental to the host governments, and instead of focusing on the final result of the investment.

5- CONCLUSION

One of the most important goals of concluding investment contracts, as mentioned in the introduction of the ICSID Convention, is to help the economic development of the host country.This goal, as one of the predicted criteria for verifying the existence of an investment contract, has been addressed in numerous cases, and the international investment arbitration procedure has shown that it was the most controversial criterion.In some cases, arbitrators have refused to accept it as one of the limitations of verifying investment contracts due to the difficulties associated with verifying this criterion on the one hand and due to the ambiguity in how to distinguish the elements of this criterion on the other hand.On the other hand, in some cases, this standard has been followed and in some cases it has been adjusted.For example, in the case of Phoenix Action against the Czech Republic, the solution to save this criterion from elimination is to modify it so that instead of limiting participation or assistance in the economic development of the host country, attention should be paid to the ability or potential to realize economic development.It should be noted that some arbitral tribunals have considered this objective not as one of the limitations of investment verification, but simply as one of

the objectives of investment contracts under the title of ICSID and for this reason, they emphasize that there is no need to pay attention to this criterion in the arbitration process. However, the authors, carefully in different theories about the criterion of helping the economic development of the host country, believe that the existence of this criterion is necessary to meet the conditions of international investment contracts, at least in its adjusted form;Because if we consider one of the basic goals of investment contracts as mentioned in the convention to help the development of the host country, this goal should be included in the conditions of investment contracts to ensure its fulfillment. There must be a spirit and purpose governing these types of contracts.In fact, the existence of the criterion of helping the economic development of the host government can be a turning point in promoting investment and the willingness of countries to grant concessions and support to international investors in their territory;Because if the economic development of the host country is realized, since the investment contract has an effective role in this development, the realization of this importance can lead to the promotion of international investment contracts as much as possible.

Keywords: Economic Development Criterion, International Investment Irbitration, ICSID, Host State, Investor

دانشنامۀ حقوق اقتصادی

Homepage: https://lawecon.um.ac.ir

مقالۀ پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱٤۰۳، ص ۱٦۱-۱٤٦

تحلیلی بر معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» برای تحقق مفهوم قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون داوری ایکسید

محمد جواد عبداللهی[*1]، محمد کریمی[2]

دریافت: ۱٤۰۳/۰۸/۲۸ پذیرش: ۱٤۰۳/۱۲/۱۹

چکیده

کنوانسیون ایکسید در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری به دلائل متعدد، تعریفی از قراردادهای سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌دهد که این وضعیت سبب شده رویه قضایی در پرونده‌های متعدد داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی سعی در تبیین قیود مرتبط با احراز قراردادهای سرمایه‌گذاری نماید. در این مسیر، معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان»، در میان مراجع داوری به‌عنوان بحث برانگیزترین این معیارها تلقی شده است. اینکه چرا این معیار نتواسته به طور یکنواخت در مراجع داوری بین‌المللی اعمال شود و چگونه می‌توان از حذف آن در رویه داوری جلوگیری کرد، موضوع تحلیل‌های ارائه شده در این پژوهش است. مطالب ارائه شده در این پژوهش که با روش کتابخانه‌ای و با ابزار فیش برداری انجام شده نشان می‌دهد در مواجهه با مشکلات متعدد مرتبط با این معیار، از یک طرف ضرورت توجه به شیوه‌های نوین سرمایه‌گذاری و از طرف دیگر اتخاذ رویکردی انعطاف پذیر برای تحقق الزامات این معیار ضروری است.

کلیدواژه‌ها: معیار توسعه اقتصادی، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ایکسید، دولت میزبان، سرمایه گذار.

[1]. استادیار گروه حقوق، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران

(نویسندۀ مسئول: Abdollahi@iaukhsh.ac.ir)

[2]. دانشجوی دکتری حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

مقدمه

امروزه داوری بین‌المللی به‌عنوان یکی از کارآمدترین روش‌های حلّ وفصل اختلافات در تجارت خارجی محسوب می‌شود که از جهات متعدد در مقایسه با دادگاه‌های ملی، گزینه کارآمدتری برای مدیریت حلّ اختلافات در تجارت خارجی محسوب می‌شود (Arab Ahmadi et al, 2024: 188). افزایش اخیر در جابجایی فراملی کالاها و خدمات، منجر به افزایش محبوبیت داوری به‌عنوان مکانیزم اصلی حل و فصل اختلافات در قراردادهای بین‌المللی شده است (Karimi et al, 2024: 124). در میان سازمان‌های مختلف داوری در سطح بین‌المللی، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ایکسید (ICSID[1])، به‌عنوان نهاد اصلی مدیریت اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، یک مکانیسم قابل اعتماد و مؤثر برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاهد کنوانسیون و تبعه یک دولت متعاهد دیگر از طریق سازش[۲] و داوری محسوب می‌شود (Herdegen, 2024: 521). کنواسیون تعریفی از سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌دهد. بررسی کارهای مقدماتی مرتبط با تدوین کنوانسیون نشان می‌دهد هرچند تعاریف متعددی نوشته شده بود، با این وجود در نهایت از متن کنوانسیون حذف گردید، چرا که وجود چنین تعریفی به‌دلیل «الزام مبنایی رضایت طرفین[۳]»، ضروری تشخیص داده نشد (Butler and Tarawneh, 2024: 113) البته دیدگاه مخالف نیز در برخی آراء جدید قابل ملاحظه است که از جمله آنها رأی صادره در ژانویه ۲۰۲۳ است که به موجب آن محکمه داوری بیان کرد: «طرفین یک قرارداد یا یک معاهده اختیار نامحدود در کنوانسیون ایکسید برای تعریف (تعیین) یک قرارداد سرمایه‌گذاری که نوعا چنین ماهیتی ندارد، نخواهند داشت[۴]» (Ziccardi Capaldo, 2024: 393). به طور کلی با توجه به فقدان تعریف مشخص از قرارداد سرمایه‌گذاری، رویه داوری بین‌المللی در آراء متعدد سعی در ترمیم این خلأ نموده است. یکی از مهم‌ترین آراء صادره در این خصوص مربوط به دعوای سالینی بر علیه دولت مراکش است که به معیار سالینی شهرت یافته است. در این پرونده چهار معیار برای احراز سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید ارائه شده کهعبارت است از: : «سهم پول[۵] (فعالیت مورد نظر تعهد مالی داشته باشد)، مدت زمان معین[۶] (پروژه در دوره زمانی معین انجام شود) ، عنصر ریسک[۷](سرمایه گذار در ریسک و خطر فعالیت اقتصادی شریک باشد)، و کمک به توسعه دولت میزبان[۸]»[۹] (Heath et al, 2023: 164). معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه به‌عنوان یکی از چهار معیار پیش بینی شده در پرونده سالینی، قیدی را برای احراز سرمایه‌گذاری در کشور میزبان سرمایه به رسمیت شناخته و آنچنان که در آراء متعدد داوری تحلیل شده، این معیار تا حد زیادی با هدف کنوانسیون (در کمک به توسعه کشورهای میزبان سرمایه)[۱۰] مرتبط است (Konstantinidi, 2024: 18) و البته منطبق با هدف قراردادهای سرمایه‌گذاری نیز می‌باشد، چرا که توسعه اقتصادی دلیل اصلی مشارکت در رژیم سرمایه‌گذاری است (Živković, 2023:117). لازم به ذکر است معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان، از مباحث بسیار بحث برانگیز در این زمینه محسوب می‌شود (Krajewski and Hoffmann, 2019: 571) که رویه‌های داوری نشان داده در خصوص اینکه آیا این معیار باید در جرگه عناصر احراز سرمایه‌گذاری وجود داشته باشد یا خیر، اختلاف نظر فراوانی وجود دارد (Lim et al, 2021: 112) و حتی برخی محاکم داوری به صراحت تأکید کرده اند چنین قیدی نباید پیش شرط احراز مفهوم سرمایه‌گذاری باشد[۱۱] (Schill et al, 2022: 189). نویسندگان در این پژوهش ضمن بررسی آراء متعدد داوری، از جهات مختلف ایرادات مرتبط با معیار کمک به توسعه کشور میزبان را با روش کتابخانه ایی و با ابزار فیش بردای بررسی نموده و در نهایت راهکارهایی را جهت حفظ این معیار در داوریه‌های

---

1 The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)

2 Conciliation

3 Essential requirement of the consent of the parties

4 Rasia FZE and Joseph K. Borkowski v. Republic of Armenia, ICSID Case No. ARB/18/28, Award, 20January 2023, Paras.369-379.

5 A contribution of money

6 A certain duration

7 An element of risk

8 Economic development of the host state

9 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 52 (July 23, 2001).

۱۰. با توجه به مقدمه کنوانسیون ایکسید مشهود است که نیاز به توسعه اقتصادی از طریق سرمایه گذاری های خصوصی بین‌المللی از اهدف اصلی کنوانسیون ایکسید است. در این راستا گزاره‌های زیر از مقدمه کنوانسیون ICSID قابل تشخیص است:

۱. تضمین کتبی به سرمایه گذاران خارجی؛ عمدتا از اقتصادهای توسعه یافته در حمایت از سرمایه گذاری خارجی و (۲) تشویق در توسعه اقتصادی بین‌المللی از طریق سرمایه‌گذاری‌های خصوصی Okpe, 2014: 234).

11 SABA FAKES v TURKEY, Award (14 July 2010), para 111

بین‌المللی اراده داده‌اند. برای تحقق این مهم مطالب این پژوهش در سه بخش تدوین شده است.

۱- ماهیت بحث برانگیز معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان

درحالی‌کهبسیاری از محاکم داوری به استفاده از معیار سالینی ادامه داده اند با این وجود نظر به انتقاداتی که این معیار با آن مواجه بوده، تعداد فزاینده‌ای از دادگاه‌ها از استناد به معیارهای پرونده سالینی امتناع کرده اند و یا اینکه معیارهای آنرا تعدیل نموده اند. به نظر می‌رسد مشکل اصلی این معیار در نظر بسیاری از محاکم داوری، قید کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان است. این عنصر به‌ویژه به‌دلیل ماهیت موقت ارزیابی‌های انجام‌شده توسط محاکم مورد انتقاد قرار گرفته و بیان شده اگر محکمه بررسی کند که آیا قرارداد متضمن درک معقولی از «سرمایه‌گذاری» می‌باشد یا خیر، سایر معیارهای پرونده سالینی که عبارتند از معیار سهم (پولی)، مدت زمان معین و وجود ریسک کاملاً در خدمت این معیار قرار خواهند گرفت. از طرف دیگر استدلال شده معیار کمک به توسعه دولت میزبان، نتایج معیارهای دیگر را منعکس می‌کند و محتوای مستقل کمی‌برای بررسی دارد. علاوه بر این، این معیار از محکمه می‌خواهد به ارزیابی‌های تخصصی در زمینه تجاری، اقتصادی، مالی و یا سیاسی که باعث فعالیت‌های خواهان پرونده شده بپردازد که برای انجام چنین ارزیابی‌هایی، صلاحیت قضایی دادگاه مناسب نیست[۱]. در همین راستا، زاخاری داگلاس[۲] معتقد است: «اگر هدف اساسی یک معاهده سرمایه‌گذاری جذب سرمایه خارجی باشد، مفهوم سرمایه‌گذاری را نمی‌توان در دادخواست‌های ارائه‌شده به محاکم (داوری) سرمایه‌گذاری جست وجو نمود که سال‌ها و شاید دهه‌ها، پس از تصمیم‌گیری برای انجام سرمایه در دولت میزبان، تأسیس شده اند»[۳].

در پرونده کیبوراکس نیز دادگاه بیان کرد «مشارکت ممکن است نتیجه یک سرمایه‌گذاری موفق باشد و از این جهت به‌عنوان یک قید (مفهوم سرمایه‌گذاری) نباید در نظر گرفته شود»[۴]. به گفته محکمه کیبوراکس سایر عناصر پرونده سالینی که عبارت است از: سهم پول، مدت زمان و وجود ریسک، همگی بخشی از تعریف متعارف برای سرمایه‌گذاری هستند، درحالی‌کهمعیار آنچه به توسعه کشور میزبان کمک می‌کند، (صرفاً) منطبق با قوانین کشور میزبان احراز می‌شود (Burger, 2013: 151-152). البته احراز این معیار از کشوری به کشور دیگر می‌تواند متفاوت باشد. به طور مثال احراز کمک به توسعه دولت میزبان می‌تواند در کشورهای در حال توسعه راحت تر از کشورهای توسعه یافته که دارای اقتصاد پیشرفته ای هستند، باشد و از این جهت سرمایه گذار باید آستانه بالاتری را برای احراز این معیار در کشورهای توسعه یافته ثابت کند. به همین دلیل تأکید شده خیلی دشوارتر است برای یک سرمایه‌گذار که ثابت کند سهم مؤثری در توسعه یک کشور توسعه یافته در مقایسه با سرمایه‌گذاری در یک کشور در حال توسعه داشته است (Rensmann, 2017: 275).

۲- دلایل مرتبط با عدم پذیرش معیار کمک به به توسعه اقتصادی دولت میزبان در پرونده سالینی

رویه داوری‌های بین‌المللی مربوط به سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان داده در حال حاضر، برخی از محاکم داوری ترجیح می‌دهند معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان را به‌عنوان بخشی از معیار سالینی در نظر نگیرند، بلکه بجای آن به‌عنوان عاملی در ارزیابی کلی از وجود سرمایه‌گذاری، به آن توجه کنند[۵] و برخی از محاکم نیز اساسا این معیار را در تحلیل خوشان از سرمایه‌گذاری لحاظ نکرده‌اند[۶]. رویه داوری‌های بین‌المللی نشان می‌دهد که برای رد این معیار دلائل متعددی بیان شده که به تحلیل آنها خواهیم پرداخت.

---

[1] Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award of 8 November 2010 (Robinson, Alexandrov, Turbowicz), 312.

[2] Zachary Douglas

[3] The International Law of Investment Claims (2009) at 190.

[4] ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction of 27 September 2012 (Kaufmann-Kohler, Lalonde, Stern), 220; for other tribunals following this view, see Saba Fakes 110

[5] KT Asia Investment Group B.V. v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award (17 October 2013) para 172; Mabco Constructions SA v Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction (30 October 2020) para 301; Saba Fakes v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2010) para 111.

[6] As early as 2015, it was observed that 'there seems to be a move away from Salini to a simpler test involving contribution, duration and risk' in Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/25, Award (28 July 2015) para 285.

۱-۲- اجرای ذهنی[1]

یکی از مهم‌ترین دلائل رد معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان توسط محاکم داوری در توجه به ماهیت ذهنی این معیار بوده که سبب موضع گیری‌های متفاوت در پرونده‌های مختلف داوری تحت مقررات ایکسید شده است. در این راستا بیان شده احراز اینکه آیا سرمایه گذار نقشی در توسعه اقتصادی کشور میزبان داشته، ماهیتا یک ارزیابی ذهنی است و از این جهت افراد منطقی ممکن است در مورد یک موضوع (مشابه) به نتایج متفاوتی دست یابند[2]. این امر به ویژه با توجه به اینکه در پرونده سالینی در برابر مراکش، این الزام به خوبی توضیح داده نشده، چرا که محکمه احساس کرده ساخت یک بزرگراه یک مثال واضح برای کمک به توسعه اقتصاد کشور میزبان است که «نمی‌تواند به‌طور جدی مورد تردید قرار گیرد»[3]، تبلور بیشتری یافته است[4]. علاوه‌براین هیچ اتفاق نظری در مورد اینکه این سهم مشارکت در توسعه دولت میزبان با چه معیاری باید اندازه‌گیری شود، یا آستانه مورد نیاز آن کجاست، وجود ندارد[5] و احراز این مهم تا حد زیادی به نظر داور یا هیئت داوری رسیدگی کننده به پرونده بستگی دارد.در این راستا به طور مثال آستانه بالایی در دعوای MHS علیه مالزی پیشنهاد شد. در این پرونده دادگاه اعلام کرد، احراز «سهم مهم[6]» در کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان لازم است[7]. این امر جنجالی را برانگیخت زیرا کلمه «مهم»، یک قید اضافی به آنچه در دادگاه سالینی علیه مراکش بیان شده بود، تلقی می‌شد و این موضوع یکی از دلایلی بود که سبب شد دو سال بعد این حکم باطل شود[8] (Chan and Lai, 2023: 20-21). در پرونده نجات‌دهنده‌های تاریخی مالزی، داور انحصاری دریافت که مشارکت مثبت و مهم[9] در توسعه اقتصادی کشور میزبان، الزامی‌است که باید برای محافظت از سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید وجود داشته باشد. برای تحقق این مفهوم، دیوان به افزایش تولید ناخالص داخلی یک اقتصاد، به‌عنوان عاملی که معیار توسعه اقتصادی را تعیین می‌کند، با حساسیت بالا توجه نمود. دیوان ضمن تأیید این معیار، بیان کرد افزایش تولید ناخالص داخلی با مقدار کم نمی‌تواند برای احراز سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید کافی باشد. دیوان همچنین بیان کرد: «... اگر قید مهم[10] وجود نداشته باشد، هر قراردادی که تولید ناخالص داخلی یک اقتصاد را به هر میزانی، هرچند کم، افزایش دهد[11]، به‌عنوان «سرمایه‌گذاری» واجد شرایط تلقی خواهد شد»[12].

در پرونده CSOB نیز چنین نتیجه گیری شد که سرمایه‌گذاری باید تأثیر مثبتی بر توسعه کشور میزبان داشته باشد. دیوان داوری در این پرونده بیان کرد عبارات موجود در مقدمه کنوانسیون «این استنباط را مجاز می‌داند که یک معامله بین‌المللی که با مشارکت (طرفین) برای کمک به ارتقای توسعه اقتصادی یک دولت متعاهد طراحی شده، می‌تواند (یک قرارداد) سرمایه‌گذاری تلقی شود»[13]. به طور کلی ترکیب معیارهایی که

---

[1] A subjective exercise

[2] Manchester Securities Corporation v Republic of Poland, PCA Case No. 2015-18, Award (7 December 2018) para 371; MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V v Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award (4 May 2016) para 189; Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (2 July 2013) para 188.

[3] Cannot seriously be questioned

[4] Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (23 July 2001) para 57.

[5] Patrick Mitchell v Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award (1 November 2006), para 33.

[6] Significant Contribution

[7] Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 (17 May 2007) para 123.

[8] Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (16 April 2009) para 80(b).

[9] Positive and significant contribution

[10] Requirement of significance

[11]. در این راستا به طور مثال در پرونده joy mining که ارزش ضمان نامه بانکی ۹/۶ میلیون پوند انگلیس بود، بیان شد برای احراز کمک به توسعه اقتصادی مصر کافی نیست (Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction (6 August 2004). Viñuales and Waibel, 2021: 137).

[12] Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, (May 17, 2007), 123.

[13] Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/4, (May 24, 1999), 64 (hereinafter Ceskoslovenska obchodni banka).

برای تعیین میزان سهم در توسعه اقتصادی کشور میزبان در پرونده‌های Salini ،MHS و CSOB بیان شده، دلالت بر این دارد سرمایه‌گذاری باید: الف) برای منافع عمومی ساخته شود[۱]؛ ب) سبب انتقال دانش شود[۲]؛ ج) افزایش تولید ناخالص داخلی کشور میزبان را به همراه داشته باشد[۳]؛ د) تأثیر مثبتی بر توسعه کشور میزبان بگذارد[۴] (García-Bolívar, 2010: 156).

در مقابل این رویکرد برخی محاکم داوری معتقدند که با توجه به وجود مشکلات مرتبط با این معیار، اساسا معیار «سهم مهم» در توسعه کشور میزبان نباید اتخاذ شود چرا که سرمایه‌گذار را مجبور به اثبات وجود این معیار با استانداردهای بالایی می‌کند و نتیجتا منجر به سناریویی می‌شود که به موجب آن هر سرمایه‌گذاری باید سهم قابل توجهی در توسعه اقتصادی کشور (میزبان) داشته باشد. این دیدگاه به بهترین شکل در پرونده سئو بر علیه کره بیان شد. دیوان در این پرونده بیان کرد «... به سختی می‌توان انتظار داشت که هر سرمایه‌گذاری به تنهایی بتواند استانداردهای زندگی را افزایش دهد و سطح رفاه عمومی (و غیره) یک ملت را بهبود بخشد»[۵] (Chan and Lai, 2023: 21).

۲-۲- دشواری معیار

برخی محاکم[۶] معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان را به‌دلیل دشواری یا عدم امکان تشخیص احراز آن مردود (Sinclair et al, 2022: 188) و یا اثبات آنرا دشوار[۷] دانسته‌اند (Rovine, 2011: 38). در این رابطه به طور مثال بیان شده اختلاف نظر قابل توجهی وجود دارد که با توجه به معیار توسعه اقتصادی کشور میزبان، به چه میزان سرمایه‌گذاری باید به توسعه کشور میزبان کمک کند تا الزامات این معیار محقق شود (Wahab et al. 2022: 26). برای مثال در پرونده پی کاسادو علیه شیلی، دیوان داوری اعلام کرد شرط مشارکت در توسعه اقتصادی که در مقدمه کنواسیون ذکر شده، به‌عنوان یک نتیجه است نه به‌عنوان قید احراز سرمایه‌گذاری. دیوان در واقع با توجه به دشواری احراز مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان در نظر گرفت که این الزام در سایر قیود احراز سرمایه‌گذاری، ملحوظ شده و از این جهت بیان کرد: «شرط مشارکت در توسعه دولت میزبان، که اثبات آن نیز دشوار است، بیشتر به ماهیت اختلاف[۸] مربوط می‌شود تا صلاحیت مرکز؛ زیرا یک سرمایه‌گذاری ممکن است بدون از دست دادن کیفیت سرمایه‌گذاری برای کشور میزبان نیز مفید باشد. درست است که در مقدمه کنوانسیون ایکسید کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان را درنظر گرفته شده؛ بااین‌حال، این امر به‌عنوان یک نتیجه و نه به‌عنوان شرط سرمایه‌گذاری است ... (و از این جهت) بدین معنا نیست که توسعه کشور میزبان، عنصر سازنده مفهوم سرمایه‌گذاری است. به همین دلیل، همانطور یکه توسط برخی از دادگاه‌های داوری بیان شده، شرط چهارم در واقع توسط سه شرط دیگر احاطه شده است[۹]» علاوه بر این، کمیته موقت در میچل[۱۰] بیان کرد: وجود مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان به‌عنوان یک معیار اساسی – هرچند ناکافی – (برای احراز) ویژگی سرمایه‌گذاری، به این معنا نیست که این مشارکت باید همیشه قابل توجه یا موفقیت آمیز باشد. و البته، دادگاه‌های ایکسید نیازی به ارزیابی سهم واقعی عملیات مورد نظر (در توسعه کشور میزبان سرمایه) ندارند و فقط کافی است که این عملیات به نحوی به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمک کند، هرچند مفهوم توسعه اقتصادی بسیار گسترده و بسته به شرایط هر پرونده متغیر است»[۱۱] (García-Bolívar, 2010: 156-157). با وجود تمام این تفاسیر، هنوز برخی از محاکم نظر به دشواری و پیچیدگی مفهوم توسعه اقتصادی دارند و براین اعتقادند که امکان احراز این معیار غیر ممکن است. در این راستا به طور مثال در پرونده فونیکس اکشن بر علیه جمهوری چک، محکمه اعلام کرد که شرط سرمایه‌گذاری برای کمک به توسعه دولت میزبان به‌دلیل وجود دیدگاه‌های بسیار متفاوتی در مورد آنچه که (مفهوم) توسعه را تشکیل می‌دهد، غیرممکن

---

[1] Be made for public interest
[2] To transfer know-how
[3] Enhance the Gross Domestic Product of the host country
[4] Make a positive impact on the host State's development.
[5] Jin Hae Seo v Republic of Korea, HKIAC Case No. 18117 (27 September 2019) para 105.
[6] Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8.
[7] Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2
[8] Merits of the dispute
[9] Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision (Sept.25, 2001), 232.
[10] Ad-hoc Committee of Mitchell
[11] Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo, Decision on the Application for the Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, Nov. 1, 2006), 33.

است[۱] (Collins, 2023: 84).

۳-۲- عدم شفافیت عناصر موجود در معیار کمک به توسعه اقتصادی

نکتۀ قابل توجه دیگر در خصوص معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان که دلالت بر عدم شفافیت و در واقع بحث برانگیز بودن این معیار دارد، وجود ابهام در عناصر تشکیل دهنده این مفهوم است. در این خصوص باید بیان کنیم برای احراز این معیار ما با دو موضوع مواجه هستیم. اولین موضوع اینکه در وهله نخست باید معنای «توسعه اقتصادی» شفاف شود و دومین موضوع اینکه مسئله چگونگی تحقق مشارکت مهم، نیازمند بررسی است. در ابتدا این بیان واضح وجود دارد که برای واجد شرایط بودن یک قراداد به‌عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری، یک فعالیت باید کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان کند که این توسعه انحصارا می‌تواند در معنای اقتصادی آن تفسیر شود. در این خصوص محکمه داوری بیان کرد «محکمه باید هر منفعت سیاسی یا فرهنگی تحصیل شده به سبب قرارداد را در ارزیابی سرمایه‌گذاری کنار گذارد مگر در مواردی که چنین منافعی تأثیر قابل توجهی بر توسعه اقتصادی دولت خوانده داشته باشد[۲]» که به موجب این بیان تنها تحقق توسعه اقتصادی ملاک ارزیابی دانسته شده است. در این پرونده در واقع محکمه معیار محدودی از مفهوم توسعه را در ارتباط بین کمک منابع سرمایه گذار با اقتصاد دولت میزبان ترسیم کرد. با این وجود دقیقا مشخص نیست که اقتصادی بودن این کمک دقیقا چگونه باید احراز شود؟ آیا تنها رشد تولید ناخالص داخلی ملاک است و یا اینکه باید ارزیابی‌ها در خصوص منافع آینده دولت نیز مدنظر قرار گیرد؟ دشواری در این خصوص از این حقیقت ناشی می‌شود که در نظر محاکم عنصر کمک به توسعه، «بی نیاز از اثبات»[۳] است. در این راستا به طور مثال در پرونده MHS بر علیه مالزی داور بر این اعتقاد بود که قرارداد ساخت با توجه به ماهیت آن، اهمیت فوق العاده ای برای توسعه کشور میزبان دارد. در عین حال قرارداد نجات[۴] که در همین پرونده مورد بحث واقع بود، مشخص شد که سهمی(در توسعه دولت میزبان) نداشته، زیرا «منفعت آن پایدار نبوده است[۵]»[۶]. بنابراین از آنجایی که به نظر می‌رسد فهم مشترکی از توسعه اقتصادی وجود ندارد، این عنصر در برابر انواع مختلف تفاسیر آسیب پذیر است. یک تفسیر محدود از این مفهوم می‌تواند توسعه اقتصادی را به افزایش منابع مالی دولت محدود کند، در صورتی که با اتخاذ یک تفسیر گسترده، توسعه اقتصادی می‌تواند به طور بالقوه شامل تحقق رشد در ظرفیت اقتصادی دولت با روش‌هایی مانند انتقال تکنولوژی، بهبود زیرساختها و غیره شود (Paul Newcombe et al, 2011: 228-229). تفسیر اخیر با مفهوم جدید از واژه توسعه پایدار[۷] سازگار است و البته در تضاد با رویکردهای سنتی تر به توسعه پایدار است که مصالحه بین رشد اقتصادی و محافظت از محیط زیست[۸] را ضروری می‌داند[۹]. توسعه پایدار در حال حاضر به‌عنوان پارادایم جدید قانون حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز پذیرفته شده و تأکید شده که باید در تهیه پیش نویس موافقت نامه‌های سرمایه‌گذاری آتی، همانطور که توسط سازمان ملل متحد پیشنهاد شده ، مورد توجه قرار گیرد (Ulrich and Ziemele, 2019: 176). در حال حاضر این مفهوم متضمن موضوعات گسترده تری از توسعه اجتماعی[۱۰] و حکمرانی خوب[۱۱]

[1] Phoenix Action Ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

[2] MHS v. Malaysis, Award, supra n. 39, at para. 138.

[3] Self evidence

[4] Salvage contract

[5] Benefit was not lasting

[6] Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey - ICSID Case No. ARB/02/5 - Decision on Jurisdiction - 4 June 2004.

[7] Sustainable development

[8] Protection of the environment

[۹]. توسعه پایدار به تعبیر برونتلند «توسعه ای است که نیازهای نسل حاضر را بدون خدشه به توانایی نسل های آینده در تأمین نیازهای خود، برآورده می کنند». آنچه در این تعریف از سوی برونتلند به‌عنوان اساس توسعه پایدار معرفی شده، «توسعه اقتصادی توأم با تأمل در استانداردهای زیست محیطی و رعایت آن ها با در نظر گرفتن حق نسلهای آینده در برخورداری از مواهب طبیعی برای تأمین نیازهایشان در آینده است» (Shabazi, 2010: 127). علاوه بر این بیان شده صنعتی شدن بدون توجه به محیط زیست با آثار و پیامدهای زیست محیطی متعددی همراه بوده است. از این رو تلاش دانشمندان به این نتیجه انجامید که توسعه به گونه ای باید تعریف و تصریح گردد که در تعارض با محیط زیست قرار نگیرد، ازاینرو بحث توسعه پایدار مطرح گردید. طبق این نظریه رابطه بین انسان و محیط زیست نه تنها باعث تخریب و نابودی نمی‌شود بلکه توسعه پایدار باعث استفاده بهینه از تمام امکانات و توانمندی های محیط زیست می‌باشد و می‌توان به ارتقای سطح زندگی بشر بینجامد. محیط زیست مانعی برای توسعه محسوب نمی‌شود. بلکه محیط زیست زمینه لازم را برای توسعه پایدار فراهم می‌کند (Rostami, 2024: 178).

[10] Social development

[11] Good governance

است که اگر پذیرفته شود، می‌تواند کمک به معیار توسعه دولت میزبان نماید که نتیجه آن احراز شرایط یک فعالیت، به‌عنوان فعالیت مشمول سرمایه‌گذاری خواهد بود (Newcombe et al, 2011: 229). دومین موضوع برجسته و در واقع مبهم، محدوده کمک لازم برای تحقق یک فعالیت، به‌عنوان یک سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید است. در این خصوص همانطوری که به درستی محکمه خاطرنشان کرده: «اگر قید (کمک با) اهمیت وجود نداشت، هر قراردادی که تولید ناخالص داخلی یک اقتصاد را به هر میزان، هرچند اندک افزایش می‌داد، به‌عنوان یک سرمایه‌گذاری واجد شرایط تلقی می‌شد»[1]. در واقع مشکل این است که به سختی می‌توان عنصر «اهمیت» را با عبارات دقیق تعریف کرد و در نتیجه در اینجا باید به داوران دیوان اختیاری دیگر اعطاء نمود. این مشکل مربوط به این وضعیت است که هیچ معیار روشنی برای اینکه چه کمکی برای «توسعه اقتصادی[2]» کشور میزبان با اهمیت است، وجود ندارد (Newcombe et al, 2011: 229). از این جهت تصریح شده معیاری که کمک به توسعه کشور میزبان را شفاف می‌سازد، باید با دقت خاصی مورد بررسی قرار گیرد. ارجاعی که در مقدمه کنوانسیون؛ به مفهوم توسعه اقتصادی کشور میزبان شده، نشان می‌دهد توسعه اقتصادی یکی از اهداف کنوانسیون بوده و این امر از این فرض حمایت می‌کند که یک معامله بین‌المللی که برای ارتقای توسعه کشور میزبان طراحی شده، از موقعیت پذیرش به‌عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری برخوردار است. اما این نتیجه را نیز نمی‌توان گرفت که فعالیتی که آشکارا به توسعه اقتصادی کمک نمی‌کند، باید از حمایت کنوانسیون محروم شود. بنابراین هر مفهومی‌از توسعه اقتصادی، اگر به‌عنوان معیاری برای وجود سرمایه‌گذاری و در نتیجه برای حمایت تحت کنوانسیون به آن استناد می‌شود، باید با انعطاف‌پذیری مورد بررسی قرار گیرد و از این جهت نباید صرفا محدود به مشارکت‌های مهم در تولید ناخالص داخلی شود، بلکه می‌بایستی شامل توسعه توان انسانی، توسعه سیاسی و اجتماعی و حفاظت از محیط زیست محلی و جهانی نیز شود (Schreuer et al, 2009: 134).

٤-٢- تحلیل پس از وقوع رویداد[3]

یکی دیگر از دلائل عدم پذیرش معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان این است که چنین تحلیلی در واقع متضمن ارزیابی پس از وقوع رویداد سرمایه‌گذاری است. بر مبنای این انتقاد«وجود سرمایه‌گذاری باید در آغاز آن ارزیابی شود و نه با نگاهی به گذشته»[4] (Marc Exelbert, 2016: 1266) و از این جهت تصریح شده با توجه به این واقعیت که چنین تحلیلی معمولا مدت‌ها پس از سرمایه‌گذاری انجام می‌شود، استفاده از آن به‌عنوان معیاری برای تعیین وجود سرمایه‌گذاری نامناسب می‌سازد. از این رو، محاکم در پرونده‌های متعدد داوری تشخیص داده اند که این معیار صرفاً یکی از نتایج مورد انتظار از سرمایه‌گذاری است[5]. همانطوری که در پرونده فیلیپ موریس علیه اروگوئه بیان شده[6] برای تعیین اینکه آیا یک سرمایه‌گذاری در زمان انجام آن می‌توانسته به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمک کند یا خیر، محکمه لازم است تحلیلی از برخی معیارها پس از وقوع آنها ارائه دهد که با در نظر گرفتن زمان سپری شده، می‌تواند طیف گسترده ای از نظرات (متفاوت) را ایجاد کند که چنین شکلی از برداشتها، برای هدایت و تحلیل نظر قضایی دادگاه مناسب نیست. علاوه بر این اگر قرار است این معیار اتخاذ شود، باید سرمایه گذاران (در زمان انعقاد قرارداد) مطمئن باشند که پروژه آنها مطمئناً به اقتصاد کشور میزبان کمک خواهد که نه تنها از لحاظ آماری چنین فرضی که هر پروژه موفق خواهد بود، غیرممکن است، بلکه با معیار ضرورت «وجود ریسک» در همین پرونده (پرونده سالینی)، اعم از ریسک تجاری[7] یا سرمایه‌گذاری، در تضاد است؛ زیرا

---

[1] MHS v. Malaysis, Decision on Annulment, supra n. 3, at para. 123.
[2] Economic Development
[3] An ex-post facto analysis
[4] The existence of an investment must be assessed at its inception and not with hindsight.
[5] Mabco Constructions SA v Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction (30 October 2020) para 296; Spółdzielnia Pracy Muszynianka v Slovak Republic, PCA Case No. 2017-08, Award (7 October 2020) para 289; Saba Fakes v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2010) para 111.
[6] Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (2 July 2013) para 207
[7]. به طور کلی ریسکهای که ممکن است در هر معامله ایی وجود داشته باشد را می‌توان به سه دسته اصلی تقسیم بندی کرد: (الف) ریسک سرمایه گذاری، (ب) ریسک تجاری، و (ج) ریسک حاکمیت. تنها معامله‌ای که حاوی ریسک سرمایه‌گذاری باشد، معیار ریسک تحت آزمون سالینی را برآورده می‌کند. موارد مرتبط با ریسکهای سرمایه‌گذاری نشان داده که چنین ریسک‌هایی نسبتاً خطرناک تر از ریسکهای تجاری هستند. لازم به ذکر است یکی از مهم‌ترین ریسکهای سرمایه گذاری خارجی ریسک حاکمیتی است که هر

همیشه این خطر وجود دارد که یک پروژه درآمد ایجاد نکند یا تمام پول سرمایه‌گذاری شده از بین برود (Chan and Lai, 2023: 21). از این جهت به این مهم تأکید شده که این معیار به این مفهوم نیست که مشارکت در توسعه اقتصادی همیشه باید کلان و موفقیت آمیز باشد (Oke, 2021: 73).

۳- راهکارهای پیشنهاد شده برای استناد به رویکرد

در مواجهه با مشکلات مرتبط با معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان که سبب شده برخی دادگاه اساساً این رویکرد را در ارزیابی‌های خود کنار گذارند، و همچنین در جهت جلوگیری اط حذف این معیار که تماما به زیان دولتهای میزبان سرمایه است، با ملاحظه رویه داوری می‌توان دو رویکرد را جهت تفسیر بهتر از این معیار ملاحظه کرد که عبارتند از توجه خاص محاکم داوری به صور جدید (ناملموس) قراردادهای سرمایه‌گذاری و بررسی انعطاف پذیر نقش چنین سرمایه‌گذاری در توسعه دولت میزبان و رویکرد دیگر تمرکز بر پتانسیل کمک به توسعه دولت میزبان؛ بجای احراز حتمی تحقق این کمک است.

۳-۱- توجه توأم با انعطاف به نقش سرمایه‌گذاری در توسعه دولت میزبان

علی رغم تأکید بر وجود ایرادت متعدد در قید کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان با این وجود به نظر می‌رسد با توجه به صور جدید توسعه اقتصادی کشور میزبان، چنین معیاری را که کمک واقعی به دولتهای میزبان سرمایه‌گذاری و به ویژه کشورهای در حال توسعه خواهد نمود، بتوان تا حد زیادی احراز نمود. در این خصوص به طور مثال بیان شده درحالی‌کهویژگی تحقق توسعه در معیار سالینی بحث برانگیز است، با این وجود دستورالعمل خاصی را برای تمایز فعالیت‌های صرفاً تجاری از سرمایه‌گذاری‌ها ارائه می‌دهد، چرا که سایر معیارهای بیان شده در پرونده سالینی برای احراز این تمایز، دشوار هستند. در این راستا هرچند در بیشتر موارد، استفاده یا انتقال دانش فنی خاص توسط خواهان؛ به‌عنوان یک مزیت برای کشور میزبان درنظر گرفته شده، با این وجود در مقایسه با مشارکت‌های ملموس‌تر همانند ساخت بزرگراهها، اهمیت زیادی به آنها داده نمی‌شود. این امر به این دلیل اتفاق می‌افتد که منافع ملموس(مانند ساخت بزرگراه) آشکار هستند، درحالی‌کهاین موضوع که دولت میزبان چه سودی از انتقال دانش یا مالکیت معنوی (به‌عنوان منافع ناملموس) خواهد برد، نیاز به ارزیابی سخت تری دارد. با این حال باید توجه داشت در فعالیت‌های اقتصادی جدید، احتمالاً منافع ناملموس بر منافع ملموس غالب خواهند شد، و در این موارد دادگاه باید تعیین کند که چه منافع مورد انتظاری از یک پروژه به دست می‌آید. لازم به ذکر است درحالی‌کهیک پروژه زیربنایی ممکن است برای مدت طولانی سود قابل توجهی را به همراه داشته باشد، انتقال دانش، مالکیت فکری یا دانش فنی می‌تواند برای مدت زمان نامحدودی سود قابل توجهی را به همراه داشته باشد. انتقال محض دانش، بدون اینکه هیچ گونه پروژه ملموسی همراه آن باشد می‌تواند به توسعه اقتصادی دولت میزبان بیشتر کمک کند تا یک پروژه ملموس بدون انتقال دانش. بنابراین آنچه بر توسعه دولت میزبان تأثیر مثبت می‌گذارد، بسته به حوزه پروژه اقتصادی می‌تواند متفاوت باشد. از این جهت با ارزیابی دقیق از یک فعالیت در یک صنعت خاص، به آسانی می‌توان تمام فعالیت‌های توسعه پسند، از جمله پروژه‌ها با مزایای ناملموس را شامل شود. در واقع با نامعلوم گذاشتن اصطلاح «سرمایه‌گذاری» در کنوانسیون این پتانسیل ایجاد شده که این مفهوم با ظهور انواع جدیدی از سرمایه‌گذاری‌ها مرتبط شود (Jung Engfeldt, 2014: 62). علاوه بر این به این مهم تأکید شده است که اشکال جدید سرمایه‌گذاری ناملموس در حال حاضر اکثر سرمایه‌گذاری‌های فرامرزی را در میان اقتصادهای توسعه یافته را تشکیل می‌دهد (Cottier, 2014: 579). در تحقیقات متعدد نیز به این مهم تأکید شده که دارایی‌های ناملموس نقش کلیدی در توسعه کشورها دارد. در این زمینه به طور مثال سوریناچ و مورنو در سال ۲۰۱۱ در مطالعه‌های به بررسی نقش دارایی‌های ناملموس در رشد اقتصادی منطقه‌ای در اتحادیه اروپا پرداخته اند. آنها در این مقاله توجه ویژه ای به چهار دارایی ناملموس کرده اند که عبارتند از: سرمایه دانش، سرمایه انسانی، سرمایه اجتماعی و سرمایه کارآفرینی. ایشان برای هر کدام از این دارایی‌ها، ویژگی‌های کلی، شاخصها و محدودیتهای اندازه گیری و همچنین، نتایج مهم تأثیر این فاکتورها بر رشد اقتصادی منطقه ای را توصیف کرده اند. آنان در این پژوهش به این نتیجه رسیده اند که «دارایی‌های ناملموس»؛ نقش مهمی در توضیح رفتار بنگاه‌ها و مسیرهای رشد اقتصادی در سطح منطقه ای در اروپا ایفا می کند» (Rezapor and Amiri, 2015: 177).

چند از کشوری به کشور دیگر متفاوت است (Douglas, 2009: 2) با این وجود معمولا احراز آن معیار تشخیص یک سرمایه گذاری تلقی نمی‌شود (Nakajima, 2022: 92).

در این رابطه می‌توان به پرونده برجیستون علیه پاناما[1] که تحت معاهده دوجانبه ارتقای تجارت ایالات متحده و پاناما (از این به بعد به‌عنوان TPA) مطرح شده نیز اشاره نمود[2]. بریجستون تولیدکننده تایر و محصولات لاستیکی، یک شبکه پیچیده شرکتی را ایجاد کرده که شرکت‌های تابعه آن دارای علائم تجاری و مجوز فعالیت در آمریکای مرکزی، از جمله در پاناما هستند. این پرونده به اعتراض ناموفق بریجستون به علامت تجاری یکی از رقبای خود مربوط می‌شود. بریجستون ادعا کرد تصمیم دادگاه تأثیر منفی بلندمدتی بر امکان استفاده از علائم تجاری و مجوزهای علامت تجاری بریجستون خواهد داشت و به مرور زمان ارزش آنها را کم می‌کند و از این جهت به نقض حقوق بریجستون به‌عنوان یک سرمایه گذار خارجی در چارچوب معاهده TPA استناد کرد. در این پرونده پاناما ایرادات متعددی را مطرح کرد؛ از جمله اینکه تحت چه شرایطی داشتن علامت تجاری یک سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود؟ و دوم اینکه تحت چه شرایطی مجوز علامت تجاری را باید یک سرمایه‌گذاری تلقی نمود؟ دادگاه تلاش کرد تا مشخص نماید در چه شرایطی یک علامت تجاری واقعاً متضمن یک سرمایه‌گذاری است. دادگاه این ایده را که صرف ثبت یک علامت تجاری برای تلقی آن به‌عنوان سرمایه‌گذاری کافی است، نپذیرفت. در نظر دادگاه یک علامت تجاری ثبت شده در درجه اول صرفا یک حق منفی است که در واقع استناد به این حق انحصاری، به معنای استفاده از علامت تجاری؛ صرفاً برای حذف رقبا از استفاده از علائم تجاری مشابه است که چنین استفاده ای متضمن استفاده مثبت از علامت تجاری نمی‌شود. به گفته دیوان، این فعالیت «هیچ منفعتی برای کشوری که ثبت (علامت تجاری) در آن انجام شده، ندارد، و به خودی خود هیچ گونه سودی برای صاحب علامت تجاری ایجاد نمی‌کند».

باوجود این وقتی از علامت تجاری به طور مثبت استفاده شود، وضعیت تغییر می‌کند. استفاده مثبت از یک علامت تجاری مستلزم تعامل دارنده علامت تجاری در برخی از فعالیت‌های اقتصادی است که در چنین مواردی، علامت تجاری برای تولید، تبلیغ و فروش محصولات که تحت علامت تجاری هستند به کار گرفته می‌شود که انجام فعالیت بدین شکل، معمولا مشارکت برخی منابع مالی را نیز به همراه دارد. در نتیجه دیوان اعلام کرد فعالیت‌های اقتصادی که از علامت تجاری برای مشارکت در فعالیت‌های اقتصادی بیشتر همانند فروش کالاهای تحت علامت تجاری، ارائه خدمات پس از فروش و همچنین کمک به اقتصاد دولت میزبان از طریق پرداخت مالیات انجام می‌شود، به‌عنوان فعالیت کمک کننده به اقتصاد داخلی محسوب می‌شود. در نتیجه، دیوان به این نتیجه رسید که علامت تجاری از یک حق صرفاً انحصاری؛ به سرمایه‌گذاری شایسته حمایت تبدیل شده، زیرا استفاده مثبت از یک علامت تجاری، ویژگی‌های یک سرمایه‌گذاری؛ از جمله مشارکت در توسعه اقتصادی دولت میزبان را برآورده می‌سازد(Stepanov, 2020: 745-746).

۲-۳- تمرکز بر پتانسیل کمک به توسعه دولت میزبان

بر اساس این رویکرد می‌توان معیاری منعطف تر در ارزیابی توسعه اقتصادی دولت میزبان، در جهت امکان استمرار استناد به این معیار ارائه نمود. در این راستا محکمه داوری در پرونده فینیکس اکشن علیه جمهوری چک[3]، بر این اعتقاد بود که رویکردی کمتر جاه طلبانه ای باید اتخاذ شود تا بر مشارکت سرمایه‌گذاری بین‌المللی در اقتصاد کشور میزبان تمرکز نماید که البته این رویکرد در مفهوم صرف سرمایه‌گذاری که توسط عناصر سهم پولی، وجود مدت معین و احراز ریسک شکل می‌گیرد، نهفته و از این رو (تحقق آن) باید فرض شود. در واقع توصیه شده با ایجاد توازن بین منافع سرمایه‌گذاران و دولت‌ها، اتخاذ یک رویکرد معتدل بین تحلیل مطلق از این معیار و پیش‌فرض کلی پیشنهاد شده توسط دادگاه فینیکس ارائه شود و در نتیجه به جای این که بررسی کنیم که آیا به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمکی وجود داشته، دادگاه می‌تواند این موضوع را بررسی کند که آیا امکان مشارکت در توسعه وجود داشته است یا خیر.

بنابراین بجای حذف کامل این معیار که به ضرر دولت‌های میزبان خواهد بود و بجای تمرکز بر روی نتیجه نهایی(سرمایه‌گذاری)، می‌بایستی بر روی پتانسیل مشارکت

---

[1] Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34.

[2] Bridgestone v. Panama, § 1; United States Panama Trade Promotion Agreement, Pan.U.S., June 28, 2007 (hereinafter US Panama TPA), https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/panama-tpa/final-text.

[3] Phoenix Action Ltd v Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April

سرمایه گذار در زمان انجام آن تمرکز نمود. البته این پیشنهاد جدیدی نیست. ژرژ دلوم[1]، مشاور ارشد حقوقی سابق بانک جهانی پیشنهاد کرده بود که باید بر سهم «مورد انتظار – هرچند نه همیشه واقعی[2]» سرمایه‌گذاری در توسعه اقتصادی دولت میزبان تمرکز نمود (Chan and Lai, 2023: 22).

٤- نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین اهداف انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری همانطوریکه در مقدمه کنوانسیون ایکسید نیز به آن اشاره شده، کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه است. این هدف به‌عنوان یکی از معیارهای پیش بینی شده برای احراز وجود قرارداد سرمایه‌گذاری، در پرونده‌های متعدد به آن پرداخته شده و رویه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز نشان داده که بحث برانگیزترین معیار بوده است. در برخی از پرونده‌ها داوران با توجه به دشواری‌های مرتبط با احراز این معیار از یک طرف و از طرف دیگر با توجه به وجود ابهام در نحوه تشخیص عناصر این معیار، از پذیرفتن آن به‌عنوان یکی از قیود احراز قراردادهای سرمایه‌گذاری خودداری کرده اند. در مقابل در برخی از پرونده‌ها از این معیار تبعیت شده و در برخی نیز معیارکمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان تعدیل شده است. لازم به ذکر است تحلیل دیدگاه های متعدد نویسندگان و رویه محاکم داوری سرمایه گذاری بین‌المللی نشان داده مهم‌ترین دلائل مربوط به رد معیار کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان را می توان اولا در رابطه با مواردی از جمله ماهیت ذهنی این معیار که در عمل سبب اتخاذ موضع گیری‌های متفاوت در پرونده‌های مختلف داوری شده و ثانیا در دشواری احراز و اثبات عناصر معیار توسعه اقتصادی از این جهت که به چه میزان یک سرمایه‌گذاری باید به توسعه کشور میزبان کمک کند و یا اینکه ملاک در ارزیابی توسعه اقتصادی صرفا در جهت احراز رشد تولید ناخالص داخلی است یا توسعه در سایر بخش های اقتصادی را نیز دربرمی گیرد و ثالثا در وجود ابهام در عناصر تشکیل دهنده این معیار از این جهت که آیا محکمه داوری باید هر منفعت سیاسی یا فرهنگی تحصیل شده به سبب قرارداد را ارزیابی نماید و یا صرفا به تأثیر قابل توجه سرمایه گذاری بر توسعه اقتصادی دولت میزبان سرمایه توجه داشته باشد و در نهایت در ارزیابی پس از وقوع رویداد سرمایه‌گذاری توسط محاکم است که بر مبنای دشواری اخیر معمولا در رسیدگی های داوری، وجود سرمایه‌گذاری در زمان آغاز آن ارزیابی نمی شود، بلکه صرفا با نگاهی به گذشته عناصر سرمایه گذاری تحلیل می شود و از این جهت استفاده از آن به‌عنوان معیاری برای تعیین وجود سرمایه‌گذاری نامناسب است.

در مقابل این دشواری های که در برخی از پرونده ها عملا سبب حذف این معیار، از معیارهای مرتبط با احراز قراردادهای سرمایه گذاری شده، برخی محاکم ازجمله در پرونده فینیکس اکشن بر علیه جمهوری چک، راهکار نجات این معیار از حذف شدن را در تعدیل آن بدین نحوی دانسته اند که بجای قید مشارکت یا کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه، می‌بایستی به قابلیت یا پتانسیل امکان تحقق توسعه اقتصادی توجه نمود. درنظر برخی محاکم نیز راهکار حفظ معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان در اتخاذ دیدگاهی منعطف به شیوه های نوین سرمایه گذاری، همانند دارایی های ناملموس و توجه مضاعف به نقش آنها در توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه است. در این خصوص در پرونده برجیستون علیه پاناما دیوان داوری دارنده امتیاز تجاری را در فرض استفاده مثبت از آن که در عمل سبب ایجاد کسب و کار، درآمد و پرداخت مالیات از محل فروش محصولات و خدمات پس فروش آنها شده بود، به‌عنوان یک سرمایه گذاری شایسته حمایت که می تواند معیار مشارکت در توسعه اقتصادی دولت میزبان را برآورده سازد، تلقی نمود. علاوه بر این، خاطر نشان می شود برخی محاکم داوری اساسا این هدف را نه به‌عنوان یکی از قیود احراز سرمایه‌گذاری بلکه صرفا به‌عنوان یکی از اهداف قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید تلقی نموده اند و از این جهت تأکید بر عدم ضرورت توجه به این معیار در روند رسیدگی‌های داوری دارند.

نویسندگان با مداقه در نظریات مختلف پیرامون معیار «کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان» بر این اعتقادند که وجود این معیار برای احراز شرایط قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حداقل در شکل تعدیل یافته آن ضروری است؛ چرا که اگر یکی از اهداف اساسی قراردادهای سرمایه‌گذاری را آنچنان که کنوانسیون ایکسید به آن اشاره نموده در کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان سرمایه تلقی نماییم، این هدف در احراز شرایط قراردادهای سرمایه‌گذاری؛ در جهت حصول اطمینان از تحقق روح و هدف حاکم بر این نوع قراردادها، باید وجود داشته باشد. در واقع وجود معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» در کنار سایر معیارهای احراز یک

[1] Georges Delaume (2009) para 85
[2] Expected – if not always actual

قرارداد به‌عنوان یک قرارداد سرمایه گذاری تحت کنوانسیون ایکسید، می‌تواند نقطعه عطفی در ترویج سرمایه‌گذاری های بین‌المللی و همچنین در تمایل فزاینده کشورها به اعطاء امتیازات و حمایت از سرمایه گذاران بین‌المللی در قلمرو سرزمینی شان تلقی شود؛ زیرا در صورت تحقق توسعه اقتصادی کشور میزبان، از آنجایی که قراردادهای سرمایه‌گذاری در ایجاد این توسعه نقش مؤثری داشته اند؛ می‌تواند به‌عنوان عاملی سودمند برای کشورهای میزبان سرمایه تلقی شوند که سبب ترویج پذیرش سرمایه گذاران خارجی و انعقاد هر چه بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، در جهت حمایت از سرمایه گذاران خارجی به سبب نقش مؤثر آنها در توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه خواهد شد.

References

[1] Amiri, H.; Rezapour, Z. (2015). Investigating the effect of social capital on the entry of firms into foreign trade. *Applied Sociology*, *26*(1), 171-184. (In Persian)

[2] Arab Ahmadi, M.R.; Karimi, M. (2024). An analysis of the theory of independence in international commercial arbitration. *Private Law Research*, *12*(44), 187-219. (In Persian)

[3] Burger, L. (2013). The Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test). *ASA Bulletin*, *31*(3), 521-536.

[4] Butler, N.; Tarawneh, J. (2024). A BIT of Protection for Non-Fungible Tokens: Digital Assets as a Catalyst for Economic Growth. *Journal of World Investment & Trade*, *25*, 93–129.

[5] Chan, D.; Lai, J. (2023). Two decades after Salini v Morocco: The case for retaining the Salini test with modifications. *Arbitration International*, *39*(1), 63–84, https://doi.org/10.1093/arbint/aiad007.

[6] Collins, D. (2023). *An Introduction to International Investment Law*. United Kingdom, Cambridge University Press.

[7] Cottier, T.; Lastra, R. M.; Tietje, C.; Satragno, L. (Eds.). (2014). *The rule of law in monetary affairs: world trade forum*. Cambridge University Press.

[8] Douglas, Z. (2011). *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press.

[9] García-Bolívar, Omar E. (2010). *Protected Investments and Protected Investors*. The Outer Limits Of Icsid's Reach, 2(1) Trade L. & Dev. 145.

[10] Heath, D.; Lalani, S.; Shapiro, S. (2024). *Hospitality & Construction Disputes*. Post-Covid, Brill.

[11] Hoffmann, R.T.; Krajewski, M. (2019). *Research Handbook on Foreign Direct Investment*. USA: Edward Elgar Publishing.

[12] Jung Engfeldt, H. (2014). Should ICSID Go Gangnam Style in Light of Non-Traditional Foreign Investments Including Those Spurred on by social media? Applying an Industry-Specific Lens to the Salini Test to Determine Article 25 Jurisdiction. *Berkeley Journal of International Law*, *32*(1), 44-63.

[13] Karimi, M.; Nasiran, D.; Najafi, M.R.; Arab Ahmadi, M.R. (2024). A reflection on the efficiency of the arbitration institution in foreign trade. *Civil Law Knowledge*, *13*(1), 121-134. (In Persian)

[14] Konstantinidi, M. (2024). *Enhancing the Implementation of Sustainable Development Through International Investment Law*. Switzerland: Springer.

[15] Lim, H.; Jean, P. (2021). *International Investment Law and Arbitration Commentary*. Awards and Other Materials, United Kingdom: Cambridge University Press.

[16] Marc Exelbert, J. (2016). Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment Under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End. *Fordham Law Review*, *85*(3), 11-25.

[17] Matthias, H. (2024). *Principles of International Economic Law*. 3e, New York: OUP Oxford.

[18] Nakajima, K. (2022). *The International Law of Sovereign Debt Dispute Settlement*. New York: Cambridge University Press.

[19] Oke, K. (2021). *The Interface between Intellectual Property and Investment Law an Intertextual Analysis*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing.

[20] Okpe, F. (2014). Endangered Element of Icsid Arbitral Practice: Investment Treaty Arbitration, Foreign Direct Investment, and the Promise of Economic Development in Host States. *Richmond Journal of Global Law & Business*. *13*(2), 17-25.

[21] Paul Newcombe, A.; Cordonier Segger, M.; Gehring, M. (2011). *Sustainable Development in World Investment Law*. Netherland: Kluwer Law International.

[22] Rensmann, T. (2017). *Small and Medium-sized Enterprises in International Economic Law*. United Kingdom: Oxford University Press.

[23] Rostami, S. (2024). Sustainable development management in countries from the perspective of international law with an analysis of economic jurisprudence. *Economic Jurisprudence Studies*, *5*(4), 192-175. (In Persian)

[24] Rovine, A. W. (2013). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2012)* (Vol. 6). Martinus Nijhoff Publishers.

[25] Schreuer, H.; Malintoppi, L.; Reinisch, A; Sinclair, A. (2009). *The Icsid Convention: a commentary A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Second edition, New York: Cambridge University Press.

[26] Shahbazi, A. (2010). "Sustainable development" or "sustainability of development" in international law. *International Law Journal*, *27*(42), 139-125. (In Persian)

[27] Stepanov, I. (2020). Economic development dimension of intellectual property as investment in international investment law. *The Journal of World Intellectual Property*, *23*(5-6), 736-758.

[28] Ulrich, G.; Ziemele, I. (Eds.). (2019). *How international law works in times of crisis*. Oxford University Press, USA.

[29] Wahab, A.; Mohamed, S.; Duggal, K. (2022). *The Resurgence of the Unified Arab Investment Agreement and the Organisation for Islamic Cooperation Investment Agreement A Dawn of a New Chapter on Investment Protection*?, Netherlands: Brill.

[30] Ziccardi Capaldo, G. (2024). *Global Community Yearbook of International Law And Jurisprudence 2023 Global Law*. Politics, Ethics, Justice, OXFORD University Press US

[31] Živković, V. (2023). *Fair and Equitable Treatment and the Rule of Law*. USA: Edward Elgar Publishing Limited.